

Erster Teil: Grundlagen

§ 1 Subsidiarität des Strafrechts

– Die Strafnorm als »ultima ratio« im System des staatlichen Rechtsgüterschutzes –

Fall 1: Der Polizeibeamte P, der nicht im Dienst ist, verbringt den Silvesterabend bei seiner Geliebten G. Beide trinken zuviel Alkohol, was verhängnisvolle Folgen hat: Sie geraten aus nichtigem Anlass in Streit. Wütend verlässt P die Wohnung der G, setzt sich ans Steuer seines privaten Pkw und fährt davon. Leider ist er infolge des erheblichen Genusses alkoholischer Getränke jedoch nicht mehr in der Lage, das Fahrzeug sicher zu führen. Diese alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit ist ihm auch bewusst. P vertraut aber darauf, er werde heil nach Hause kommen, ohne andere Personen oder fremde Sachen in Gefahr zu bringen. Dennoch verursacht er wegen seiner alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit einen schweren Unfall, bei dem zwei Fußgänger getötet werden. P hatte zur Tatzeit eine BAK von 1,7 Promille.¹ Seine Schuldfähigkeit war durch den Alkoholgenuss nicht aufgehoben.²

I. Strafrecht als Teil der rechtlichen Sozialkontrolle

Das menschliche Zusammenleben bedarf gewisser „Spielregeln“ (Verbote und Gebote). Die Summe solcher Spielregeln nennt man Sozialordnung³; sie besteht aus außerrechtlichen Sozialnormen und Rechtsnormen.

1. Außerrechtliche Sozialkontrolle

Träger dieser Form der Sozialkontrolle sind insbesondere Familie, Schule, Nachbarschaft, Gemeinden, Kirchen, Betriebe, Vereine. Sie überwachen die Einhaltung der ungeschriebenen und geschriebenen Sozialnormen und reagieren mit positiven Sanktionen (Lob, materielle Belohnung etc.) bzw. negativen (Tadel, Entzug von Taschengeld, Hausarrest, Vereinsstrafen, Disziplinarmaßnahmen).

2. Rechtliche Sozialkontrolle

In einem modernen Staat kann auf rechtliche Sozialkontrolle durch staatlich garantierte Normen, d.h. **Rechtsnormen**, nicht verzichtet werden. Eine der vornehmsten Aufgaben des Staates ist die Sicherung des inneren Friedens, d.h. die Sorge für ein gedeihliches menschliches Zusammenleben.

Der Ausgangsfall verdeutlicht, dass die außerrechtliche (»informelle«) Sozialkontrolle der Ergänzung durch das **Recht** als Instrument formeller, staatlicher Sozialkontrolle bedarf:

1 Ab einer BAK von 1,1 Promille bejaht die Rechtsprechung für das Führen eines Kraftfahrzeugs eine absolute Fahruntüchtigkeit; siehe dazu: BGHSt 37, 89 (95, 97, 99); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT/1, Rn. 1118.

2 Volltrunkenheit (d.h. alkoholbedingte Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB) kommt in der Regel ab 3,0 Promille BAK in Betracht, kann aber im Einzelfall auch schon bei einer geringeren BAK anzunehmen sein; vgl. dazu *Fischer*, § 20 Rn. 19 f.

3 *Jescheck/Weigend*, § 1 I 1.

Rechtsnormen als staatlich durchsetzbare Normen, d.h. Gesetze – und nicht nur Sitte, Ethik oder Religion – müssen es **verbieten**, andere Menschen vorsätzlich oder, wie in casu, fahrlässig zu töten, Trunkenheitsfahrten zu begehen etc.

Rechtsnormen müssen es **gebieten**, dass in Fällen wie dem vorliegenden der Schädiger den Geschädigten (hier: unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen) Schadensersatz leistet, etwa durch Zahlung einer Rente.

3. Strafrecht als Kerngebiet der rechtlichen Sozialkontrolle

- 4 Seine Aufgabe, die innere Sicherheit zu garantieren, kann der Staat nicht ohne den Einsatz des Strafrechts erfüllen. Es existiert ein Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen, deren Beachtung mittels **Androhung von Kriminalstrafen** erzwungen werden darf und muss: Delikte wie Mord, Totschlag, Vergewaltigung, Brandstiftung an Wohngebäuden und Raub müssen bei Strafe verboten sein. Anderenfalls würde das Recht seiner **Friedensfunktion** nicht gerecht.

Auch in **Fall 1** würde es nicht genügen, dem Täter (P) Schadensersatzpflichten aufzuerlegen (Zivilrecht). Weiterhin würden auch schwere Sanktionen des Disziplinarrechts für Beamte (Öffentliches Recht) wie Gehaltskürzung oder Entfernung aus dem Dienst die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung nicht hinreichend manifestieren, denn solche Disziplinarmaßnahmen sind nur Mittel der »internen Disziplinierung« zum Zweck der Aufrechterhaltung von Ordnung und Integrität innerhalb der Beamtenschaft.⁴ Sie sind nicht mit dem sozialemischen Unwerturteil verbunden, das für die Kriminalstrafe charakteristisch ist. Vielmehr ist für schwere Straftaten wie die des P

– **Fahrlässige Tötung** (§ 222 StGB) und **Gefährdung des Straßenverkehrs** (§ 315c Abs. 1 Nr. 1a «Trunkenheitsfahrt» mit Abs. 3 Nr. 1 StGB) –

die Androhung und Verhängung einer Strafe notwendig, um der Friedensfunktion des Rechts zu genügen.

Demgemäß kann man das **Strafrecht als Kerngebiet und Fundament der rechtlichen Sozialkontrolle** bezeichnen.⁵

Diese Einsicht darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass die Effektivität der strafrechtlichen Sozialkontrolle in starkem Maße von der Funktionsfähigkeit der informellen Sozialkontrolle abhängt. Wo diese Fähigkeit dramatisch sinkt, weil Familie, Schule,⁶ Nachbarschaft und Kirchen insoweit an Einfluss verloren haben, ist die Strafjustiz letztlich hoffnungslos überfordert.

4 BVerfGE 21, 391 (404).

5 Jescheck/Weigend, § 111; Welzel, S. 1-6.

6 Gemäß Art. 86 Abs. 1 BayEUG können zur Sicherung des Bildungs- und Erziehungsauftrags oder zum Schutz von Personen und Sachen gegenüber Schülern Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen getroffen werden.

II. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts

Wenn es soeben als Aufgabe des Strafrechts bezeichnet wurde, einen Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen zu garantieren, so bedarf diese Aussage der folgenden Klarstellung: Diese Garantie ist nicht Selbstzweck, sondern dient dem Rechtsgüterschutz; er bezeichnet die eigentliche Funktion des Strafrechts.⁷

1. Begriff des Rechtsguts

Versuche einer Definition des Rechtsguts sind vielfach recht diffus;⁸ beginnen wir daher mit der Konkretisierung jenes Begriffs durch Beispiele:

Rechtsgüter des Einzelnen (Individualrechtsgüter) sind insbesondere: 6

Leben; das ungeborene Leben des Embryo / körperliche Unversehrtheit / sexuelle Selbstbestimmung / Freiheit / Ehre / Hausrecht / Geheimsphäre (Vertraulichkeit des nichtöffentlich gesprochenen Wortes⁹, Briefgeheimnis, Privatgeheimnisse wie dem Arzt anvertraute, etc.) / Eigentum / Vermögen.

Rechtsgüter der Allgemeinheit (Universalrechtsgüter), deren Schutz ebenfalls Aufgabe des Strafrechts ist, sind namentlich:

Bestand der Bundesrepublik Deutschland / verfassungsmäßige Ordnung / Vertraulichkeit von Staatsgeheimnissen zum Schutz der äußeren Sicherheit unseres Staates / ungestörte Durchsetzung des rechtmäßigen Staatswillens / Rechtspflege / Lauterkeit (Unbestechlichkeit) des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Bürger in diese Lauterkeit / Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen staatlichen Wirtschaftsförderung durch Subventionen / Sicherheit des Rechtsverkehrs mit Urkunden / Sicherheit des Straßenverkehrs / Umweltmedien Wasser, Luft und Boden.

Diese Beispiele erlauben es, den Begriff des Rechtsguts wie folgt zu **definieren**: 7
Rechtsgüter sind von der Rechtsordnung vorgefundene oder von ihr erst geprägte Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen, die für den Einzelnen oder die Allgemeinheit nützlich sind und daher Rechtsschutz genießen.¹⁰

2. Bedeutung des Rechtsguts für die Auslegung von Strafgesetzen

Nach h.M. ist die wichtigste Auslegungsmethode die teleologische, d.h. die **Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes** (ratio legis).¹¹ 8

7 Dazu grundlegend *Roxin*, § 2 Rn. 1-50, 120 ff. Ebenso u.a.: *Baumann/Weber/Mitsch*, § 3 Rn. 10, 17; *Jescheck/Weigend*, § 1 III; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 9; eingehend und m.w.N. *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens*. Abweichend z.B.: *Jakobs*, 2/16 ff., 22 ff.; *Welzel*, S. 3-5.

8 Zum strafrechtlichen Rechtsgutsbegriff vgl. *Rönau*, JuS 2009, 209; *Vogel*, StV 1996, 110 insbes. zur Rspr. des BVerfG.

9 Dieses Rechtsgut wird z.B. durch Tonbandaufnahmen bei unbefugter Telefonüberwachung oder beim unbefugten Lauschangriff verletzt (vgl. §§ 100a-100d StPO mit § 201 StGB).

10 Der Sache nach übereinstimmend bzw. ähnlich: *Roxin*, § 2 Rn. 9; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 11.

11 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 9 Rn. 68 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 17 IV m.w.N.; *Otto*, AT, § 2 Rn. 49 ff.; kritisch *Herzberg*, NJW 1990, 25 ff.

Da alle Strafgesetze den Schutz bestimmter Rechtsgüter bezwecken, sonst wären sie verfassungswidrig¹², ist für die teleologische Auslegung einer Strafnorm die Frage nach dem von ihr geschützten Rechtsgut von erheblicher Relevanz.¹³

- 9 **Fall 2:** S hat ein Vergehen der Unfallflucht (»Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort«, § 142 StGB) begangen. Als die Polizei ihn vernimmt, erklärt er, seine Ehefrau E sei gefahren; er selbst sei zur Tatzeit zu Hause gewesen. Diese Aussage hatte S mit E abgesprochen, damit die Polizei nicht weiter gegen ihn, sondern gegen E ermittelt.

Ist die durch seine unwahre Aussage gegenüber der Polizei tatbestandlich erfüllte **Falsche Verdächtigung** (§ 164 Abs. 1 StGB) durch die Einwilligung der E gerechtfertigt?¹⁴

Der Rechtfertigungsgrund **Einwilligung** des Betroffenen ist nur bei Straftaten gegen den Einzelnen anwendbar, genauer: er gilt nur bei solchen Rechtsgütern des Einzelnen, die für diesen disponibel (»verzichtbar«) sind (Rn. 568, 655). § 164 StGB schützt nach herrschender und zutreffender Ansicht zwei Rechtsgüter:

- Schutz des Bürgers vor dem Missgriff irregeleiteter Behörden
- Schutz der inländischen Rechtspflege.

Dabei ist für die Anwendbarkeit des § 164 StGB ausreichend, dass eines von beiden Rechtsgütern verletzt ist.

Da die Falsche Verdächtigung neben dem betroffenen Bürger auch die Rechtspflege schützt, folglich auch eine Straftat gegen die Allgemeinheit ist, greift der Rechtfertigungsgrund Einwilligung für die Tat des S nicht ein.

3. Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt

- 10 Rechtsgut ist das ideelle Gut (der ideelle Sozialwert), dessen Schutz das jeweilige Strafgesetz bezweckt. Dagegen ist Handlungsobjekt das konkrete Tatobjekt der Straftat.¹⁵

Beispielsweise ist bei Mord und Totschlag Handlungsobjekt das konkrete Opfer, Rechtsgut das Leben. Bei der Sachbeschädigung ist Tatobjekt die beschädigte oder zerstörte fremde Sache, Rechtsgut das Eigentum.

4. Rechtsgüterschutz statt Stabilisierung von Moral und Sittlichkeit als Aufgabe des Strafrechts

- 11 Zum Schutz von Rechtsgütern wie Leben, sexuelle Selbstbestimmung, Eigentum und Rechtspflege normiert das Strafrecht Verbote, wie das der Tötung, der Vergewaltigung, des Diebstahls und des Meineides. Strafgesetze garantieren einen Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen, z.B. »Du sollst nicht töten!«. Daher wird die Ansicht vertreten, das Strafrecht bezwecke den »Schutz der elementaren sozial-

12 Vgl. *Heinrich*, AT, Rn. 8.

13 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 9 Rn. 68; *Jescheck/Weigend*, § 17 IV 3; zum Rechtsgut in der Fallbearbeitung *Rönnau*, JuS 2009, 209 (211).

14 Eingehend zu diesem Fall *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT/1, Rn. 795 ff.

15 *Roxin*, § 2 Rn. 65; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 14.

ethischen Gesinnungswerte«¹⁶; hierher gehört auch die Redensart von der »sittenbildenden Funktion« des Strafrechts.¹⁷

Gewiss entfaltet das Strafrecht »sittenbildende Kraft«¹⁸, da es einen Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen durch die Androhung von Kriminalstrafe für den Fall der Normübertretung garantiert. Doch ist diese Garantie – wie bereits betont – nur das Mittel zum **Zweck »Schutz von Rechtsgütern«**. Demgemäß verwechselt Mittel und Zweck, wer jene sittenbildende Funktion als die primäre Aufgabe des Strafrechts bezeichnet.

Darüber hinaus sind Formulierungen wie die von der Aufgabe des Strafrechts, die elementaren sozialetischen Gesinnungswerte zu schützen, aus einem weiteren Grund bedenklich. Sie begründen die Gefahr, ein Rechtsprinzip zu ignorieren, das für ein modernes freiheitlich-rechtsstaatliches Strafrecht schlechthin konstituierend ist; gemeint ist das Prinzip: **12**

Aufgabe des Strafrechts darf es niemals sein, bloße Verstöße gegen Normen der Sittlichkeit, Ethik oder Religion zu kriminalisieren.¹⁹

Unmoralische oder religiösen Geboten widersprechende Handlungen als solche begründen keine staatliche Strafbefugnis (ius puniendi), sofern sie kein Rechtsgut

– wie Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen (§§ 174, 176, 182 StGB), Schutz des öffentlichen Friedens (§ 166 StGB) etc. –

verletzen. Dieses Prinzip ist die zentrale Botschaft der Lehre vom Rechtsgut.

Beispiele für die gebotene Trennung zwischen dem staatlichen Strafrecht einerseits und Sittlichkeit, Ethik und Religion andererseits: **13**

a) Homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen mögen religiösen Vorstellungen zuwiderlaufen, sind aber weder sittlich noch ethisch anstößig und dürfen daher schon gar nicht bei Strafe verboten werden.

b) Sexuelle Kontakte zwischen Personen, die nicht miteinander verheiratet sind, dürfen nicht kriminalisiert werden, es sei denn, es geht um den Schutz von Kindern bzw. schutzbedürftigen Jugendlichen gegenüber sexuellen Handlungen von Älteren usw.

c) Es darf nicht strafbar sein, zu konvertieren, d.h. die Religion zu wechseln, oder sich sonst von seiner Religion zu lösen.

Strafgesetze, die hiergegen verstoßen, wären nicht nur kriminalpolitisch unerwünscht, sondern in Deutschland auch **verfassungswidrig**.²⁰

16 *Welzel*, S. 3-5.

17 *Welzel*, S. 5.

18 *Jescheck/Weigend*, § 1 II 1 m.w.N.

19 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 3 Rn. 4 ff., 10; *Roxin*, § 2 Rn. 17 ff., 43 ff.; siehe auch *Frister*, 3/29 ff.

20 Ähnlich *Roxin*, § 2 Rn. 17, 43 ff., 86 ff., 94.

5. Rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Anerkennung von Rechtsgütern und bei ihrem Schutz durch Strafgesetze

– Schranken dieses Spielraumes durch die Verfassung –

- 14 a) Welche Rechtsgüter durch das Strafrecht geschützt werden und wie dieser Schutz im einzelnen ausgestaltet wird, entscheidet der Gesetzgeber. Dabei räumt ihm unsere Verfassung einen **politischen Gestaltungsspielraum** ein.

Beispielsweise liegt es im politischen Ermessen der Legislative, ob sie:

- (1) Strafgesetze gegen Schwarzfahren (§ 265a StGB) oder gegen den Unbefugten Gebrauch von Fahrrädern (§ 248b StGB) schafft;²¹
- (2) bei Vergehen wie (einfacher) Körperverletzung (§ 223 StGB) oder Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) nur die vollendete Tat mit Strafe bedroht²² oder auch den **Versuch**;
- (3) bei Straftaten wie Fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) und Fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) jede Fahrlässigkeit einschließlich der **leichten** genügen lässt – so das geltende Recht – oder Leichtfertigkeit (grobe Fahrlässigkeit) fordert.

- 15 b) Der kriminalpolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist jedoch durch die **Wertentscheidungen der Verfassung** begrenzt.²³ Dies insbesondere durch die Grundrechte, durch die Staatsstrukturprinzipien wie Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1-3, Art. 23 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) und durch ungeschriebene Verfassungsprinzipien wie den »Grundsatz der Verhältnismäßigkeit«, das »Schuldprinzip für Strafen« etc.²⁴

Die Wertentscheidungen unserer Verfassung können dabei dem Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht entgegenstehen (Kriminalisierungs**verbote**); sie können aber auch ausnahmsweise den Gesetzgeber zum Schutz von Rechtsgütern durch Strafgesetze zwingen (Kriminalisierungs**gebote**). Hierauf ist im Folgenden (unter III. und IV.) zurückzukommen.

21 Gemeint sind solche Taten, die nicht schon als Betrug (Schwarzfahren) bzw. Diebstahl oder Unterschlagung (Unbefugter Gebrauch von Fahrrädern) strafbar sind.

22 So die Rechtslage vor dem 1.4.1998.

23 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 3 Rn. 12, 19 ff.; *Roxin*, § 2 Rn. 86 ff.; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991. Das BVerfG hat vielfach befunden, der Gesetzgeber habe zu weit in Freiheitsrechte eingegriffen (so etwa BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 (akustische Wohnraumüberwachung); BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 (Telekommunikationsüberwachung); BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822 (Online-Durchsuchung)).

24 Beispielhaft sei der Beschluss des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB (Verbot des Geschwisterinzests) genannt. Jedenfalls in der Gesamtheit der durch die Norm geschützten Rechtsgüter (Familie, sexuelle Selbstbestimmung, eugenische Gesichtspunkte) sei die Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 GG, zu legitimieren (BVerfGE 120, 224 = NStZ 2008, 614 = NJW 2008, 1137). Kritisch unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Hassemer*, HRRS 2008, 143.

III. Subsidiarität dieses Rechtsgüterschutzes

1. Das Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit als Schranke des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums im Allgemeinen

Für das Verfassungsrecht ist der im Rechtsstaatsprinzip verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (auch **Übermaßverbot** genannt) von elementarer Bedeutung:²⁵

- a) Eingriffe in Grundrechte der Bürger müssen zur Erreichung des mit dem Eingriff verfolgten Zwecks geeignet sein (**Grundsatz der Geeignetheit**).
- b) Der Eingriff muss erforderlich sein, d.h. es darf kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, das zum gleichen Erfolg führt (**Prinzip der Erforderlichkeit**).
- c) Die Belastung des Betroffenen durch den Eingriff darf nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Nutzen stehen; daher muss der Eingriff **angemessen** sein (**Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne** – »Verbot, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen«). Es geht auf dieser Ebene um eine Abwägung unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs, des mithilfe des Eingriffs intendierten Zwecks sowie der zwischen Intensität und Zweck bestehenden Relation.²⁶

An den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auch der **Gesetzgeber** gebunden; daher sind Gesetze, die gegen das Übermaßverbot verstoßen, verfassungswidrig.

Am 4.5.2011 hat das BVerfG entschieden, dass die seinerzeitige **Regelung der Sicherungsverwahrung** u.a. nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprach. „Die Berechtigung zur Anordnung und zum Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln wie der Sicherungsverwahrung folgt [...] aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Anordnung und Vollzug sind nur dann legitim, wenn das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Betroffenen im Einzelfall überwiegt.“²⁷

2. Bedeutung des Übermaßverbots speziell für den Strafgesetzgeber

- Strafwürdigkeit und Strafbedürfnis als Erfordernisse für die Normierung von Strafgesetzen –

Der Grundsatz der **Geeignetheit** verlangt für Strafgesetze, dass mit ihrer Hilfe der angestrebte Schutz des jeweiligen Rechtsguts gefördert werden kann. Jedoch begründet dieser Grundsatz keine erhebliche Begrenzung des kriminalpolitischen Ermessens der Legislative; das BVerfG hat dem Gesetzgeber insoweit einen **weiten Beurteilungsspielraum** eingeräumt.²⁸

Bedeutsamer als verfassungsrechtliche Schranken bei der Normierung von Strafgesetzen sind demgegenüber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und insbesondere das Prinzip der Erforderlichkeit:

25 BVerfGE 19, 342 (349); 28, 264 (280); Krey, StPO, Rn. 30-34.

26 Vertiefend: Klatt/Meister, JuS 2014, 193, 195 ff.

27 BVerfGE 128, 326 (372 ff.) = NJW 2011, 1931 (1936 f.), Tz. 96 ff.; 104.

28 BVerfGE 90, 145 (172 f.) – Cannabis; Roxin, § 2 Rn. 87.

a) Strafwürdigkeit von Normverstößen als Voraussetzung ihrer Kriminalisierung

- 17 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne begründet für das Strafrecht das Erfordernis der **Strafwürdigkeit**. Nicht jedes rechtswidrige Verhalten, das ein Rechtsgut verletzt oder gefährdet, darf bei Strafe verboten, d.h. kriminalisiert werden. Die Kriminalstrafe ist das schärfste Instrument im System des staatlichen Rechtsgüterschutzes, zumal zu der Strafe selbst noch das sozialetische Unwerturteil des Staates über den Täter tritt.²⁹ Mit dem Schuldspruch des Strafgerichts wird der Verurteilte »öffentlich gebrandmarkt« (sog. »Verrufswirkung« des Schuldspruchs).

In diesem Sinne spricht man auch vom **fragmentarischen Charakter des Strafrechts**.³⁰ Das Strafrecht ist seiner Natur nach „**lückenhaft**“: Nur erheblich sozial-schädliche Taten erlauben den Gebrauch des »scharfen Schwertes des Strafrechts«, da dieser Gebrauch **angemessen** sein muss. Mit anderen Worten: Straftaten müssen strafwürdige Taten sein.³¹

Beispiele: Das bloße falsche Parken eines Kfz, die völlig ungefährliche Geschwindigkeitsüberschreitung bei Tage auf einsamer Autobahn, das Rauchen trotz Rauchverbots im leeren Treppenhaus eines öffentlichen Gebäudes, wenn jede Brandgefahr ausgeschlossen ist, sind zwar jeweils Normbrüche – aber Bagatellen. Auf sie mag der Staat mit Sanktionen reagieren – jedoch nicht mit **Kriminalstrafe**; denn anderenfalls würde er »mit Kanonen auf Spatzen schießen«.

Allerdings besteht auch hinsichtlich des Kriteriums der Strafwürdigkeit ein Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers.³²

b) Straftaten als strafbedürftige Normverstöße

– Die Strafnorm als »ultima ratio« im Instrumentarium des Gesetzgebers –

- 18 Hierzu hat das BVerfG zutreffend festgestellt:³³

Das Strafrecht sei die »schärfste Waffe«, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehe. Sie stelle gewissermaßen die »ultima ratio« in seinem Instrumentarium dar. Gemäß dem rechtsstaatlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit dürfe er von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen. Jedoch müsse auch dieses letzte Mittel eingesetzt werden, wenn anders ein effektiver Rechtsgüterschutz nicht zu erreichen sei.

Der Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht ist also **subsidiär**. Gemäß dem dargelegten Verfassungsprinzip der **Erforderlichkeit** (Rn. 16) setzt die Kriminalisierung eines Verhaltens voraus, dass durch mildere rechtliche Instrumente des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts kein ausreichender Rechtsgüterschutz gewähr-

29 BVerfGE 90, 145 (172); *Jescheck/Weigend*, § 8 I 2b; siehe bereits Rn. 4.

30 Vertiefend: *Hefendehl*, JA 2011, 401.

31 *Jescheck/Weigend*, § 7 I 1.

32 Siehe hierzu: BVerfGE 120, 224 – Inzestverbot.

33 BVerfGE 39, 1 (45, 47) – Schwangerschaftsabbruch.

leistet ist.³⁴ Wenn dagegen solche milderer Instrumente als hinreichende Sicherung der fraglichen Rechtsgüter erscheinen, fehlt es am Strafbedürfnis. **Straftaten sind also strafbedürftige Normverstöße.**

Beispiele:

19

(1) Bei fahrlässigen Sachbeschädigungen kann es grundsätzlich mit zivilrechtlichen Reaktionen (Gewährung von Schadensersatzansprüchen) sein Bewenden haben; dasselbe gilt für fahrlässige Vermögensschädigungen durch Vertragsverletzungen.

(2) Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung³⁵ bedürfen grundsätzlich nicht der strafrechtlichen Ahndung (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe). Hier sind für den Rechtsgüterschutz die Sanktionen des Ordnungswidrigkeitenrechts ausreichend

– es sei denn, es handelt sich um schwere und gefährliche Verkehrsverstöße wie die in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfassten sog. »Todsünden im Straßenverkehr«.

Exkurs: Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht³⁶

20

Seit über 50 Jahren gibt es in Deutschland neben dem Strafrecht das Ordnungswidrigkeitenrecht. Seiner Natur nach handelt es sich um staatliches Sanktionsrecht, das nicht zum Kriminalstrafrecht zählt. Die Hauptsanktion des Ordnungswidrigkeitenrechts ist die **Geldbuße** (§§ 1, 17 OWiG). Ihr Betrag kann je nach Spezialgesetz sehr hoch sein: Extrem hoch sind insbesondere die nach dem »Kartellgesetz« (GWB) angedrohten Geldbußen; sie können gemäß § 81 Abs. 4 S. 1 GWB bis zu 1.000.000 Euro betragen (für Unternehmen siehe § 81 Abs. 4 S. 2 GWB).

Im Gegensatz zur Geldstrafe und Freiheitsstrafe als Sanktionen für Verbrechen und Vergehen ist die Geldbuße nur ein Denkkzettel, eine nachdrückliche Ermahnung zur künftigen Pflichterfüllung. Die Geldbuße ist nicht mit dem ehrenrührigen sozial-ethischen Unwerturteil verbunden, das die Verurteilung zu Geld- oder Freiheitsstrafe beinhaltet.

Formal betrachtet ist die Ordnungswidrigkeit nach der Legaldefinition in § 1 OWiG »**eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt**«.

Materiell lässt sich die Ordnungswidrigkeit als rechtswidrige und schuldhaftige Normübertretung umschreiben, bei der es typischerweise um **Verwaltungsunrecht** ohne erhebliche Sozialschädlichkeit geht³⁷, z.B. um:

- Verletzung von Meldepflichten;
- Verstöße gegen die StVO;
- Erregung unzulässigen Lärms (§ 117 OWiG).

Ob die Differenzierung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten qualitativer Art ist oder nur quantitativer, ist lebhaft umstritten. Herrschend ist als vermittelnde

21

34 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 3 Rn. 19, 23; *Roxin*, § 2 Rn. 97-104.

35 Siehe § 24 StVG mit § 49 StVO.

36 Dazu u.a.: *Baumann/Weber/Mitsch*, § 4 Rn. 8 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 7 V m.w.N.; *Roxin*, § 2 Rn. 60 ff., 99, 101, 130 ff.

37 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 4 Rn. 8 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 7 V.

Meinung die »gemischt qualitativ-quantitative Betrachtungsweise«. ³⁸ Orientiert man sich bei dieser Frage an den gesetzlichen Wertungen, so ergibt sich in der Tat kein klares Bild:

Einerseits wird der Betroffene durch die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten mit Geldbuße **nicht vorbestraft**. ³⁹ Zudem erfolgt diese Ahndung durch die Verwaltungsbehörde, d.h. durch die **Exekutive**. ⁴⁰

Dagegen ist die Verurteilung wegen einer Straftat der rechtsprechenden Gewalt vorbehalten (Art. 92 GG) ⁴¹, erfolgt also in richterlicher Unabhängigkeit. Diese Tatsachen sprechen für die Annahme eines qualitativen Unterschieds zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit.

- 22** Andererseits gilt das Prinzip »**Keine Strafe ohne Gesetz**« (nulla poena sine lege), das in Art. 103 Abs. 2 GG verankert ist, auch für Sanktionen wegen Ordnungswidrigkeiten. ⁴² Zudem entscheiden auf Einspruch des Betroffenen gegen den Bußgeldbescheid ⁴³ **Strafgerichte** über die Ahndung der Ordnungswidrigkeit, nicht etwa Verwaltungsgerichte. Diese Umstände sprechen für einen nur quantitativen Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit.

Im Übrigen besitzt die Legislative bei der Frage, ob sie bestimmte Normverstöße im Interesse eines effektiven Rechtsgüterschutzes als Straftaten bewertet oder die Einstufung als Ordnungswidrigkeit genügen lässt, einen politischen Ermessensspielraum. ⁴⁴ Denn bei jener Frage geht es ja um das **Strafbedürfnis** gemäß dem Verfassungsprinzip der Erforderlichkeit (Grundsatz des mildesten Mittels) und hierzu hat das BVerfG zu Recht entschieden. ⁴⁵

Ein Strafgesetz sei erforderlich, wenn kein gleich wirksames rechtliches Instrument mit geringerer Eingriffsintensität zur Verfügung stehe; jedoch besitze der Gesetzgeber insoweit einen erheblichen Beurteilungsspielraum.

c) Resümee

Aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot folgt, dass Straftaten strafwürdige und strafbedürftige Normverstöße sein müssen.

Ungeachtet dieser Feststellung scheint aber der Zeitgeist Vielstraferei und Strafschärfung zu fordern. Leider ist der Gesetzgeber diesem Zeitgeist in den letzten Jahren zunehmend gefolgt. Das ist aus verfassungsrechtlicher Sicht befremdlich, aus kriminalpolitischer Sicht durchaus unklug.

38 So u.a.: *Baumann/Weber/Mitsch*, § 4 Rn. 16; *Jakobs*, 3/8 ff.; *Roxin*, § 2 Rn. 130 ff.

39 *Jescheck/Weigend*, § 7 V 4. Anders als Strafen werden Geldbußen nicht in das Bundeszentralregister (das das Bundesamt für Justiz führt, § 1 Abs. 1 BZRG) eingetragen (§ 3 BZRG).

40 §§ 35 ff. OWiG; die Ahndung erfolgt durch Bußgeldbescheid.

41 BVerfGE 22, 49 (77 ff.); 27, 18 (28); *Krey*, StPO, Rn. 59.

42 BVerfGE 71, 108 (114).

43 Der Betroffene kann gegen den Bußgeldbescheid Einspruch einlegen, über den die Strafgerichte (Amtsgericht) entscheiden (§§ 67 ff., 71 ff. OWiG).

44 BVerfGE 27, 18 (28-30); 45, 272 (289).

45 BVerfGE 90, 145 (172 f.) – Cannabis.